Probleme der Vollstreckungsvereitelung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hermann Sitzler
aus Nürnberg

Approbiert am 27. Juni 1936

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1936

1937/28

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

A. Einleitung 1
a) Begriff 1
b) Wesen 1
c) Zweck 2
d) Geschichte 2
B. § 288 StGB. nach geltendem Recht 3
I. Der objektive Tatbestand 3
1. Der Täter 3
2. Die drohende Zwangsvollstreckung 5
3. Vermögensbestandteile 7
4. Das Veräußern und das Beiseiteschaffen . . . 12
II. Der subjekte Tatbestand 14
Die Absicht die Befriedigung zu vereiteln . . . 14
III. Das Zusammentreffen mit anderen Delikten . . . 20
IV. Antragserfordernis und Bestrafung 21
C. Besondere Fälle der Vollstreckungsvereitelung . . . 22
I. Auftrag und Geschäftsbesorgung als Rechtfertigungsgrund 22
II. Die durch Notstand veranlaßte Vollstreckungsvereitelung . 27
Notstand im kommenden Recht 27
D. Die Vollstreckungsvereitelung im kommenden Recht . . 32
I. Umgestaltung des § 288 StGB. in ein Erfolgsdelikt . 32
II. Aenderung verschiedener Tatbestandsmerkmale . . . 34

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, besonderer Teil, 8. Aufl. 1922.

Binding, Lehrbuch, besonderer Teil, 2. Aufl. 1902.

Behme Friedrich, „Der Schuldner und die Zwangsvollstreckung. Gefährdung von Gläubigerrechten". 1893/94.

Das kommende Strafrecht. Allgemeiner und besonderer Teil. 1935, von Dr. Franz Gürtner, Reichsjustizminister.

Frank, Kommentar 18. Auflage, 1931.

Gerland, Lehrbuch, 2. Aufl., 1932.

Hilpert Eugen, „Das Angriffsobjekt der Vollstreckungsvereitelung, unter Berücksichtigung des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927" 1932.

Hentzschel Alfred, „Die Vereitelung der Zwangsvollstreckung" 1905/06.

Jaeger, Konkursordnung-Kommentar 6. und 7. Aufl., 1. Band, 1931.

Juristische Wochenschrift 1932/III.

Leipziger Kommentar Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 4. Aufl. 1929.

Liszt, Lehrbuch, 12. und 13. Auflage 1903.

— Lehrbuch, 21. und 22. Auflage 1919.

Olshausen, Kommentar, 11. Aufl., 2. Band, 1927.

Das Recht, 11. Jahrgang 1907, Nr. 3045.

Schumacher Ulrich, „Die Vollstreckungsvereitelung im geltenden und künftigen Strafrecht" 1934.

Schwartz, Kommentar, 1914.

Schwering Ernst, „Die Befriedigungsvereitelung außerhalb des Konkurses". 1913.

Seelenfreund Benno, „Die Vollstreckungsvereitelung". 1918.

Seiberth Karl, „Die Vollstreckungsvereitelung nach dem geltenden Recht, dem Vorentwurf (§ 293) und dem Gegenentwurf (§ 313)" 1912.

Wurfschmidt Bernhard, „Die Gefährdung der Befriedigung durch Zwangsvollstreckung. (§ 288)".

Entscheidungen des Reichsgerichts.

A. Einleitung.

Die folgende Abhandlung soll einen Beitrag zu den Ausführungen über den § 288 StGB. liefern. Dabei ist zunächst das geltende Recht zu behandeln; dem schließen sich einige besondere Fälle der Vollstreckungsvereitelung, deren Bestrafung höchst unbillig ist und schließlich ein Ueberblick über das, was im kommenden Recht nach dem Entwurf der Strafrechtskommission geändert sein wird, an.

Unumgänglich ist hiebei, sich zuerst mit dem Begriff, Wesen und Zweck des § 288 StGB. zu befassen. Ebenso muß seine Geschichte kurz gestreift werden.

a) Begriff.

Der meistgebrauchte Ausdruck Vollstreckungsvereitelung ist nicht richtig. Zwar wird wohl meist die Vollstreckung vereitelt, um die Befriedigung des Gläubigers zu verhindern, doch ist dies nicht unbedingt erforderlich. So braucht man, um die Befriedigung zu vereiteln, nur einem geringwertigen Gegenstand den Anschein eines höherwertigen zu geben. Auf der anderen Seite kann man die Vollstreckung vereiteln, ohne daß dadurch die Befriedigung vereitelt zu werden braucht, z. B. durch Entfernen von Beweisurkunden, die zur Geltendmachung eines Rechtes dienen. Aus diesem Grunde wird von manchem der Ausdruck Befriedigungsvereitelung vorgeschlagen[1]).

b) Wesen.

Der § 288 StGB. geht davon aus, daß zwar jeder über sein Vermögen verfügen kann, daß jedoch diesem

1) Behme S. 16, Hentzschel S. 5/6.

Verfügungsrecht das Recht desjenigen gegenübertritt, der einen begründeten Anspruch darauf hat, sich aus diesem Vermögen zu befriedigen. Es stehen sich in diesem Paragraphen zwei Interessen gegenüber, einerseits das des Gläubigers, der Befriedigung erlangen, und das des Schuldners, der in gewohnter Weise frei mit seinem Vermögen wirtschaften will. Diesen Streit mußte das Gesetz regeln, ohne den Gläubiger zu benachteiligen, oder den Schuldner in seinem Verfügungsrecht zu hemmen, oder gar denjenigen zu schädigen, der gutgläubig vom Schuldner Vermögensbestandteile erwirbt.

Das Gesetz hat billigerweise den Interessen des Gläubigers den größeren Schutz angedeihen lassen.

c) Zweck.

Zweck der Strafbestimmung ist der Schutz der Spezial-Exekution. Der Gläubiger soll gegen eine Benachteilung vonseiten des Schuldners geschützt werden, die ihm dadurch droht, daß dieser in Schädigungsabsicht sein Vermögen verringert. § 288 StGB. bildet somit eine Ergänzung zu den Strafbestimmungen des betrügerischen Bankrotts, welche die Gesamtheit der Gläubiger schützen, wenn auch erst im Falle der Zahlungseinstellung und des Bankrotts, wohingegen für die Vollstreckungsvereitelung das Drohen einer Zwangsvollstreckung genügt. Im Gegensatz zu § 137 StGB., der Handlungen mit Strafe bedroht, die sich gegen die staatliche Zwangsgewalt richten, werden von § 288 StGB. Handlungen mit Strafe bedroht, die sich gegen das Recht eines Gläubigers auf Befriedigung durch Zwangsvollstreckung richten.

d) Geschichte.

Der § 288 StGB. in seiner heutigen Fassung geht zurück auf den Artikel 310 StGB. für Sachsen vom 11. 8. 1855, der auch im revidierten StGB. 1868 wieder auftaucht. Er lautet: „Wer außer dem Fall des böslichen Bankrotts, um bei einer ihm drohenden Hilfsvollstreckung die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestand-

teile seines Vermögens veräußert oder beiseite schafft, oder nach bereits begonnener Hilfsvollstreckung in gleicher Weise über die in Beschlag genommenen Gegenstände verfügt, ist nach dem Betrage des verursachten Schadens mit den Strafen des einfachen Bankrotts zu belegen."

Eine frühere gesetzliche Regelung der Vollstreckungsvereitelung liegt nicht vor. Dies läßt sich daraus erklären, daß nach dem früheren Recht der Begriff des Betruges derart ausgedehnt war, daß solche Handlungen unter die Strafbestimmungen des Betruges fielen; eine gesonderte Regelung somit nicht erforderlich war.

B. § 288 StGB. nach geltendem Recht.

I. Der objektive Tatbestand.

1. Der Täter.

Täter kann nur der sein, der bei einer „ihm" drohenden Zwangsvollstreckung Bestandteile seines Vermögens veräußert, oder beiseite schafft. So kann der Vormund nicht bestraft werden, wenn dem Vermögen des Mündels die Zwangsvollstreckung droht und er Bestandteile des Mündelvermögens veräußert oder beiseite schafft, ebenso wenig der Vertreter einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft, wenn er Vermögen der Gesellschaft bezw. der Genossenschaft entfernt, selbst dann nicht, wenn bei ihm die subjektiven Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Das Reichsgericht bringt einen Fall, in dem ein Gesellschafter einer Aktiengesellschaft und Geschäftsführer nicht wegen § 288 StGB. bestraft worden ist, und führt aus, daß nicht ihm die Zwangsvollstreckung drohte[2]). Ebenso Frank II 2 S. 679 zu § 288 StGB. Olshausen Nr. 6 S. 1603 zu § 288 StGB. und Allfeld S. 462 Anm. 3 zu § 288 StGB. Eine andere Ansicht vertritt Binding; er sagt: „Tauglicher Täter ist nicht allein der Schuldner, d.

2) RG. 16/122.

h. der jenem Rechte persönlich Verfangene, sondern auch jeder, der für den handlungs- oder verfügungsunfähigen Schuldner aus dessen Vermögen den Gläubiger zu befriedigen hätte, insbesondere der Vormund, der Pfleger, der Vorstand der Korporation."[3]) Seine Ansicht begründet er damit, daß das Gesetz nur von dem spreche, dem die Zwangsvollstreckung drohe; die Zwangsvollstreckung richte sich aber auf Ueberwindung des Willens des gesetzlichen Vertreters oder des Vertreters der jurist. Person und gehe somit im Sinne des Strafgesetzbuches auch gegen diesen. Er bemerkt dazu in einer Anmerkung: „Dem Zwang des Wortlautes wird man sich beim Bankrott zu beugen haben: denn er fordert, soweit nicht eine Erweiterung des tauglichen Subjekts durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung angenommen ist, unbedingte Identität des Schuldners und des Bankrottierers. Aber hier liegt dieser Zwang nicht vor".[4])

Nach dem geltenden Recht wird also der bestraft, dem die Zwangsvollstreckung droht; dies ist der Schuldner, denn der Wortlaut „wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung . . ." läßt keine andere Deutung zu, als daß die Zwangsvollstreckung „ihm" und das ist der Schuldner selbst, drohen müsse.[5]) Neben dem Schuldner kann allerdings auch der bestraft werden, gegen den die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann. Dieser Ansicht mit Recht Gerland: „Täter ist derjenige, dem die Zwangsvollstreckung droht. Das ist in erster Linie der Schuldner, daneben aber auch jeder andere, gegen den die Zwangsvollstreckungsklausel erteilt werden kann (§ 727 ff. ZPO.) sowie der, dessen Vermögen von der Zwangsvollstreckung mitergriffen werden würde."[6]) Letzterer Halbsatz bezieht sich wohl insbesondere auf die Vollstreckung in das eingebrachte Gut (§ 739 ZPO.) Das Reichsgericht dehnt den Begriff des Schuldners entsprechend aus: „Schuldner kann

3) Binding S. 417.
4) Binding S. 417 Anm. 5.
5) Vgl. Gerland S. 618.
6) Gerland a.a.O.

jeder sein, der aus irgend einem sachlich rechtlichen Grund eine Zwangsvollstreckung des „Gläubigers“ in Bestandteile seines Vermögens zu dulden hat. (RG. 68/109)

Wie weit nach § 2 StGB., eingeführt durch die Novelle vom 28. 6. 35 auch der Vertreter einer jur. Person, dem die Zwangsvollstreckung droht, der Täter sein kann, ist im einzelnen Falle genauestens zu prüfen. Daß der Geschäftsführer einer GmbH., insbesondere dann, wenn er alle Geschäftsanteile besitzt, unter Anwendung des § 2 StGB. bestraft werden kann, unterliegt keinem Zweifel. (Vgl. Schwarz Kurzkommentar 1935). Gewarnt werden muß jedoch vor einer übertriebenen Anwendung der Rechtsanalogie, denn meines Ermessens ist nach wie vor entscheidendes Gewicht darauf zu legen, daß die Zwangsvollstreckung „ihm“, dem Schuldner, drohen und daß dieser Bestandteile „seines“ Vermögens veräußern oder beiseite schaffen muß.

2. Die drohende Zwangsvollstreckung.

Schwierig ist das Tatbestandsmerkmal der drohenden Zwangsvollstreckung abzugrenzen. Vorliegen muß zunächst ein materielles Recht, das der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen kann. Olshausen erklärt, eine Zwangsvollstreckung sei dann eine drohende, wenn das in einer solchen liegende Uebel sich als ein nahe bevorstehendes ankündige. Wann dies der Fall sei, sei nach den obwaltenden Umständen zu beurteilen.[7]) Schwering sagt: „Wann eine Zwangsvollstreckung als drohende anzusehen sei, ist eine aus den Umständen des konkreten Falles zu beantwortende Tatfrage.“[8]) Frank konkretisiert dieses Merkmal dahin, daß eine Zwangsvollstreckung dann drohe, wenn der Gläubiger im Stande und gewillt ist, sie alsbald zu betreiben.[9]) Aehnlich äußert sich Liszt zu § 138 StGB.: „Die Zwangsvollstreckung ist eine drohende, sobald auf Grund der vom Gläubiger vor-

7) Olshausen S. 1601.
8) Schwering S. 69.
9) Frank S. 678.

genommenen Handlungen anzunehmen ist, daß er demnächst die Zwangsvollstreckung beginnen oder fortsetzen werde.“ [10])

Wann kann man nun annehmen, daß eine Zwangsvollstreckung droht? Selbstverständlich droht eine Zwangsvollstreckung, wenn das Vollstreckungsverfahren anhängig ist. Eine Zwangsvollstreckung kann aber schon viel früher drohen. Es braucht noch kein Urteil ergangen, geschweige denn eine Klage erhoben worden zu sein.[11]) Es genügt vielmehr für das Drohen einer Zwangsvollstreckung schon eine ernstliche Mahnung mit dem Hinweis, daß die Zwangsvollstreckung eingeleitet werde. Selbst eine solche Mahnung ist nicht erforderlich, wenn der Gläubiger ernsthaft entschlossen ist, eine Zwangsvollstreckung in die Wege zu leiten. Diese Ansicht vertritt auch Binding.[12]) Erforderlich ist dann, daß der Schuldner das weiß. Es kommt aber nicht darauf an, ob der Gläubiger dem Schuldner gedroht hat, gegen ihn mit Zwangsvollstreckungsmaßregeln vorzugehen, denn im Drohen muß nicht immer der ernste Wille zur Durchführung liegen, oder ob der Schuldner nur glaubt, der Gläubiger werde gegen ihn mit einer Zwangsvollstreckung vorgehen. Entscheidend ist allein, daß Umstände dahin deuten, daß eine Zwangsvollstreckung in naher Aussicht steht und das Wissen des Schuldners von dieser. Die Art der Kenntniserlangung des Schuldners spielt dabei keine Rolle. Ein Antrag auf Zwangsvollstreckung würde eine Bestrafung nach § 288 StGB. derart gegenständlich und zeitlich beschränken, daß sein Zweck, der die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Einzelvollstreckung gegenüber böswilligen Schuldnern schützen soll, nicht, oder nur unvollständig erreicht werden würde.[13])

Zusammenfassend ist also zum Merkmal der drohenden Zwangsvollstreckung erforderlich, einerseits das ob-

10) Liszt S. 455.
11) Vgl. Allfeld S. 462.
12) Binding S. 418.
13) Vgl. Hentschel S. 27.

jektive Drohen der Zwangsvollstreckung, andererseits die subjektive Kenntnis des Schuldners davon, ohne Rücksicht auf die Art der Kenntnisnahme. Die Feststellung, wann die Zwangsvollstreckung droht, steht im richterlichen Ermessen. Es hat dabei einen weiten Spielraum, doch wird wohl meist die Haltung des Gläubigers maßgebend sein.[14])

3. Vermögensbestandteile.

Vermögen ist ein wirtschaftlicher Begriff: „Er ist dem Wirtschaftsleben entnommen, wo „Vermögen" Ausdruck bildet für den Inbegriff alles dessen, was auf diesem Gebiete einer Person Macht und Geltung verleiht. Das Vermögen ist daher die Summe alles dessen, was für eine Person einen in Geld ausdrückbaren wirtschaftlichen Wert hat. Zu den Vermögensbestandteilen gehört auch, was nur mittelbar für eine Person Geldwert hat. Dazu gehört auch der Besitz und zwar sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare.[15])

An anderer Stelle bringt der Leipz. Komm. eine weitere Auslegung des Vermögensbegriffes: „Nicht nötig ist dabei, daß die Vermögensbestandteile einen in Geld anschlagbaren Wert haben."[16]) Darunter ist hier wohl der Verkaufswert zu verstehen. Anschließend wird gesagt: „Zum Vermögen gehören deshalb alle Sachen, Rechte, günstige Lagen und Anwartschaften. So z. B. die Verschaffung eines Beweismittels für eine zu Recht bestehende Forderung, wodurch eine gerichtliche Geltendmachung erleichtert wird."[16]) Dieser Vermögensbegriff kann weitgehend dem § 288 StGB. unterstellt werden. Streitig ist nur, ob der Besitz zum Vermögen nach § 288 StGB. gehört.

Olshausen will Vermögen nach § 288 StGB. im wesentlichen im Sinne des BGB. aufgefaßt wissen.[17]) Danach würde zum Vermögen nicht der Besitz gehören. Nach

14) Vgl. R.G. 31/24.
15) R.G. Räte-Komm. S. 854.
16) Leipz. Komm. S. 808.
17) Olshausen S. 1603.

dem BGB. gehören zum Vermögen nur Sachen und Rechte und da der Besitz keine Sache ist und auch kein Recht, kann er auch kein Vermögensbestandteil sein. Gleicher Ansicht ist Hentzschel: „Nicht dagegen gehört zum Vermögen der Besitz, da er nach der Auffassung des BGB. zweifellos ein Recht nicht ist.“ [18]) In diesem Sinne auch Seelenfreund, der zu den Bestandteilen des Vermögens nur Sachen und Rechte mit einem in Geld abschätzbaren Wert zählt. [19])

Dem ist entgegen zu halten, daß der Vermögensbegriff im Strafrecht weiter ausgedehnt ist. Es findet für den § 288 StGB. nicht der bürgerlich-rechtliche, sondern mindestens der vollstreckungsrechtliche Vermögensbegriff Anwendung. So Schumacher: „Vermögen ist dem Vollstreckungsrecht, nicht dem Zivilrecht zu entnehmen. Dieses kennt eine Zwangsvollstreckung in den blosen Besitz § 883 ZPO.“ [20])

Was den Streit darüber anbelangt, ob der Besitz zum Vermögen gehört oder nicht, so sei hier eine Entscheidung des RG. angeführt, die zum Ausdruck bringt: „. . .Den Schutz des § 288 StGB. gerade dem Gläubiger zu versagen, der nicht eine, sondern sogar seine eigenen Sachen vom Schuldner heraus zu verlangen hat, bestand sichtlich kein Anlaß, wenn es darauf ankam, gegen die böswillige Entziehung von Exekutionsgegenständen einzuschreiten“. [21]). Diese Entscheidung betrifft den Fall, daß der Gläubiger sein Eigentum gemäß § 883 ZPO. herausverlangt. Das RG. steht also auf dem Standpunkt, daß der Besitz zum Vermögen im Sinne des § 288 StGB. gehört. Doch muß der Besitz als Vermögensbestandteil nach § 288 StGB. dann ausscheiden, wenn ein anderer Gläubiger als der Eigentümer in diesen vollstrecken will. Hier steht letzterem ein Widerspruchsrecht zu, und der Gläubiger kann keine Befriedigung aus dem Besitze er-

18) Hentzschel S. 45.
19) Seelenfreund S. 17.
20) Schumacher S. 19.
21) R.G. 61/408.

langen. Da der Zweck des § 288 StGB. aber der Schutz der Befriedigung des Gläubigers sein soll, andererseits derselbe keine solche erlangen kann, ist nicht einzusehen warum man den, der Sachen, die er nur im Besitze hat, veräußert oder beiseite schafft, bestrafen soll.

Da für den Vermögensbegriff das Vollstreckungsrecht maßgebend ist, so müssen von den Vermögensbestandteilen im Sinne des § 288 StGB. diejenigen ausgenommen werden, die der Pfändung nicht unterliegen; so insbesondere die nach § 811 ZPO. unpfändbaren Gegenstände und nach § 850 ZPO. unpfändbaren Forderungen. Die herrschende Lehre spricht sich für den Ausschluß der Sachen und Forderungen, die der Pfändung nicht unterliegen, aus. „Ausgeschlossen sind jedoch nach dem Zwecke der Gesetzesvorschrift solche Vermögensbestandteile, in die eine Zwangsvollstreckung, mag sie formell nicht absolut ausgeschlossen sein, mit materiellrechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann, wie in Beweisurkunden über bestehende Forderungen, oder in nach § 811 ZPO. unpfändbare Gegenstände oder unpfändbare Lohnforderungen".[22]) Olshausen begründet diese Ansicht damit, daß der Zweck der Gesetzesvorschrift eine Bestrafung bei Beseitigung derartiger Vermögensbestandteile nicht erfordere. Gleicher Ansicht ist Allfeld: „Die Beiseiteschaffung von Gegenständen, die der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind, erfüllt den Tatbestand nicht"[23]). Dahingehend äußert sich vor allem auch der Leipz. Komm. „Die Bestandteile des Vermögens müssen pfändbar sein. Das materielle Recht des Gläubigers kann nicht beeinträchtigt werden, wenn der Täter über Stücke seines Vermögens verfügt, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, dem Zugriffe des Gläubigers also vollständig entzogen sind."[24]) Schließlich erklärt sich auch Binding in diesem Sinne: „Die Handlung besteht in einer Veräußerung oder Beiseiteschaffung solcher Bestandteile des Schuldnervermö-

22) Olshausen S. 1604.
23) Allfeld S. 462 Anm. 4.
24) Leipz. Komm. S. 979.

gens, die der Zwangsvollstreckung unterliegen".[25]) Das Reichsgericht hat zur gleichen Frage Stellung genommen. Es geht davon aus, daß die Zwangsvollstreckung mit rechtlicher Wirksamkeit in diesen Fällen zwar einwandfrei erfolgen und insofern zur Befriedigung des Gläubigers führen kann, daß dann aber, wenn der Gläubiger eine Befriedigung aus dem Gegenstand nicht beanspruchen könne, jede Beeinträchtigung berechtigter materieller Interessen fehle; mit dem Hinwegfalle dieses Grundes aber, aus welchem die Vorschrift des § 288 StGB. hervorgegangen ist, auch Anlaß und rechtliche Möglichkeit, die geschehene Veräußerung oder Beiseiteschaffung unter die angezogene Gesetzesbestimmung zu stellen, wegfalle[26]). Das Reichsgericht fährt fort: „Ob dann, wenn der Schuldner einen Bestandteil seines Vermögens in der irrigen Annahme, derselbe unterliege der Zwangsvollstreckung zugunsten eines Gläubigers, veräußert hat in der Absicht, dadurch die Befriedigung des letzteren zu vereiteln, diese Handlung als ein Versuch des im § 288 StGB. bezeichneten Vergehens sich würde auffassen lassen, darf auf sich beruhen, da das StGB. den Versuch dieses Vergehens nicht mit Strafe bedroht."[27]) Die Entscheidung erklärt weiter, daß § 288 StGB. nicht schon Platz greift, wenn zwar eine Zwangsvollstreckung formell nicht absolut ausgeschlossen und undenkbar ist, die Vollstreckung aber auf erhobenen Einwand wegen materiell-rechtlicher Unzulässigkeit ohne weiteres aufgehoben werden müßte.[27]) Seelenfreund erklärt hiezu: „Die Ansprüche des Eigentümers, Jaeger KO. § 43 Anm. 4 nennt sie „Herausgabeansprüche", liegen außerhalb von § 288 StGB. sie bilden im Zivilprozeß die Grundlage für die Vollstreckungswiderspruchsklage"[28]).

Anderen ist dagegen die Beschränkung auf den vollstreckungsrechtlichen Vermögensbegriff zu eng, weil hie-

25) Binding, S. 417/18.
26) RG. 23/210.
27) RG. 23/210.
28) Seelenfreund S. 21.

bei derjenige straflos bleiben würde, der Gegenstände beiseite schafft, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen. So könne der nicht bestraft werden, der die nach §§ 811, 850 und 852 ZPO. unpfändbaren Gegenstände und Forderungen der Vollstreckung entzieht. Dieser Ansicht ist Schwering, der als allein für maßgeblich die Absicht, die Vollstreckung zu vereiteln, hält. Er sagt, es seien bei vorliegender Absicht der Befriedigungsvereitelung alle Tatbestandsmerkmale erfüllt.[29]) Die Ansicht Schwerings ist nicht zu billigen; sie läuft dem Zwecke des § 288 zuwider, der den Gläubiger mit seinem Befriedigungsanspruch schützen soll. Ein Schutz ist dann nicht nötig, wenn der Gläubiger auf Grund materieller Einwendungen, wie eines Widerspruchs vonseiten des Eigentümers, oder auf Grund von Einwendungen des Schuldners keine Befriedigung erlangen kann.

Ein Mangel am Tatbestand liegt deshalb nicht vor, weil auch unpfändbare Gegenstände Bestandteile des Vermögens sind. Daraus einen Mangel am Tatbestand zu argumentieren, daß bezüglich der Gegenstände, die der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, eine solche nicht drohen könne, ist unzulässig, weil im Gesetz nur generell von einem Drohen der Zwangsvollstreckung gesprochen ist. Nimmt man in letzterem Falle, was aus obigen Gründen zu verneinen ist, trotzdem einen Mangel am Tatbestand an, so würde es sich um eine mangelnde Tatbestandsmäßigkeit des Objekts handeln, die nach der objektiven Theorie nicht strafbar und die nach der subjektiven Theorie als untauglicher Versuch strafbar ist. Da aber der Versuch des Vergehens nach § 288 StGB. nicht mit Strafe bedroht ist (RG. 23/210), würde auch in letzterem Falle eine Strafe entfallen. Eher könnte man darin, daß eine Zwangsvollstreckung materiell zulässig sein muß, eine Bedingung der Strafbarkeit erblicken, die zur Zeit der Tat vorliegen muß.

29) Schwering S. 100.

4. Das Veräußern und das Beiseiteschaffen.

Die Handlung des § 288 StGB. besteht im Veräußern oder Beiseiteschaffen von Vermögensbestandteilen.

Hiebei ist der Begriff „Veräußern" möglichst weit auszulegen, sodaß jede rechtliche Aufgabe eines Vermögensbestandteiles darunter zu verstehen ist. In diesem Sinne äußert sich Allfeld: „Unter Veräußern versteht man jedes gänzliche oder teilweise Aufgeben eines Vermögensstückes dem Rechte nach; also nicht nur die Uebertragung des Eigentums, sondern auch die Verpfändung einschließlich der hypothekarischen Belastung eines Grundstückes, Vermietung, Belastung mit einer Grundschuld, Dienstbarkeit usw".[30]) Darüber, daß der Begriff „Veräußern" möglichst weit auszulegen ist, sind sich die Kommentare einig. Lediglich darüber besteht keine Einigkeit, ob unter Veräußern auch das Vermieten und die Leihe zu verstehen ist. Vor allem ist Frank der Meinung, daß das Vermieten und die Leihe nicht zum Veräußern gehört, weil der Anspruch auf Herausgabe verpfändbar ist.[31]) Dem kann aber nicht beigetreten werden. Eine Vermietung oder eine Leihe bei Uebertragung der Sache ist immer eine Verfügung über einen Vermögensbestandteil. Der Vermieter und Verleiher ist, um wieder in den Besitz seines Eigentums zu kommen, genötigt, eine Kündigungsfrist einzuhalten. Diese Rechte, die der Eigentümer einem Dritten durch Vermieten und Verleihen einräumt, entstehen zwar erst mit der Uebertragung der Sache, doch bilden sie schon vorher einen latenten Bestandteil der Herrschaftsrechte des Sacheigentümers, gehören also zu seinen Vermögensbestandteilen. Allfeld bezeichnet den von Frank genannten pfändbaren Anspruch auf Herausgabe als minderwertig[32]). Neben Frank vertritt noch Gerland die Ansicht, daß das Vermieten, Verpachten und das Verleihen nicht zum Veräußern gehört[33]). Eine gesonderte

30) Allfeld, S. 462.
31) Frank S. 679. Siehe jedoch unter „Beiseiteschaffen".
32) Allfeld, S. 462.
33) Gerland S. 619.

Behandlung in ihrem Sinne ist selbst dann nicht möglich, wenn man die Miete und Pacht für ein gleichwertiges Aequivalent hält und diese es auch in Wirklichkeit ist, da es letzten Endes hiebei allein auf die Absicht ankommt, die Vollstreckung zu vereiteln. Hat der Vermieter oder Verpächter die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, so wird er das Geld auch nicht lange behalten, unter Umständen wird der eingehende Pacht- oder Mietzins niedriger sein als gewöhnlich.

In einem Verkaufe ohne Eigentumsübertragung ist keine Veräußerung zu sehen[34]). Auch in der Veräußerung gegen einen angemessenen Preis wird meist keine Vollstreckungsvereitelung zu erblicken sein, da dem Verkäufer eine Vereitelungsabsicht dann sehr schwer nachzuweisen ist. In diesem Sinne Binding: „Die Veräußerung darf nicht gegen gleichwertige und für die Befriedigung gleich taugliche Aquivalente geschehen sein“[35]). Richtig ist die Ansicht von Schwartz und Liszt, wonach es gleichgültig ist, ob die Veräußerung eine entgeltliche oder unentgeltliche ist; das Hauptgewicht ist auf die Absicht der Vollstreckungsvereitelung zu legen[36]).

Unbestritten ist, daß eine Verpfändung eine Veräußerung ist. Das Verpfänden ist gleichfalls ein Ausfluß der unbeschränkten Herrschaftsrechte über eine Sache. Selbstverständlich gehört die Bestellung einer Hypothek zum Veräußern, stellt doch die Hypothek nur eine Art des Pfandrechtes dar.[37])

Das Gesetz stellt weiter das Beiseiteschaffen von Vermögensbestandteilen unter Strafe.

Im Gegensatz zum Veräußern, durch welches Vermögensbestandteile dem Zugriffe des Gläubigers rechtlich entzogen werden, werden sie durch das Beiseiteschaffen dem Zugriffe des Gläubigers tatsächlich entzogen. Belanglos ist dabei die Art der Beiseiteschaffung;

34) Vgl. RG. 33/21.
35) Binding S. 418.
36) Schwartz S. 666, Liszt S. 450 Anm. 7.
37) Vgl. RG. 38/227.

die Sache kann versteckt oder zerstört werden. Zum Beiseiteschaffen gehört demnach das Verstecken einer über eine Forderung ausgestellten Schuldurkunde, ein Scheinverkauf u. a. m.

Unstreitig gehört zum Beiseiteschaffen das Zerstören. Olshausen erklärt das Zerstören als wirksamste Form des Beiseiteschaffens[38]). Dieser Ansicht ist mit der herrschenden Lehre das Reichsgericht[39]). Dagegen fällt eine Wertminderung, die eine Befriedigung in bestimmtem Umfange gefährden kann, nicht darunter. Das Reichsgericht bezeichnet die Annahme, daß der Tatbestand des § 288 auch durch bloße „Beschädigung" von Teilen eines Gebäudes erfüllt werden könnte, als Rechtsirrtum[40]). Diese Entscheidung ist zwar bezüglich der Beschädigung eines Grundstückes getroffen worden, hat aber ebenso Geltung für bewegliche Sachen und ist nur dann nicht anzuwenden, wenn die beweglichen Sachen derartig beschädigt werden, daß die Beschädigung einer Zerstörung gleichkommt, die dann als „Beiseiteschaffen" betrachtet wird.

Frank will das Vermieten und Verleihen als Beiseiteschaffen eines Vermögensbestandteiles bestrafen und zwar dann, wenn die Tatsache des Vermietens und Verleihens oder die Person des Mieters oder Entleihers verheimlicht werden soll[41]). Eine Einschränkung in dieser Richtung ist nicht angebracht, weil das Vermieten und Verleihen die Aufgabe eines Verfügungsrechtes ist. Diese Begriffe gehören deshalb, wie oben dargelegt, zum Veräußern.

II. Der subjektive Tatbestand.

Die Absicht die Befriedigung zu vereiteln.

Die herrschende Lehre nimmt an, daß Absicht in § 288 StGB. den bestimmten auf Herbeiführung des Erfolges gerichteten Willen bedeute, also nur im Sinne von

38) Olshausen S. 1607.
39) RG. 27/123.
40) RG. 27/122.
41) Frank S. 680.

dolus directus oder determinatus zu verstehen sei. So ist Olshausen der Ansicht, daß die Vorsätzlichkeit der Handlung, verbunden mit dem Bewußtsein, es könne dadurch die Befriedigung des Gläubigers unmöglich gemacht oder beeinträchtigt werden, nicht genüge[42]). Die Meinung, daß dolus eventualis nicht genügt, vertritt vor allem Binding: „Dieser Vorsatz, das Recht des Gläubigers im Stadium der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise illusorisch zu machen — also ein echter Verletzungsvorsatz — muß die Grundlage zum Handeln gebildet haben. Da hier der Vorsatz hinausreicht über den Vollendungspunkt des Vergehens, wird er als Absicht bezeichnet“[43]). In geringer Abweichung Liszt[44]), Gerland[45]) und Frank[46]), die Absicht gleichstellen mit Beweggrund. Eine Auslegung des Ausdruckes Absicht in Beweggrund oder Triebfeder ist nicht am Platze. Der Gesetzgeber hat hier, wie Binding sagt, das Wort Absicht gebraucht, weil der Vorsatz über den Vollendungspunkt hinausgeht. Der § 288 StGB. will nicht, so wie die §§ 263 und 268 StGB., einen besonders verwerflichen Beweggrund treffen, vielmehr behandelt er, ohne ersichtlichen Grund, eine typische Versuchshandlung wie ein vollendetes Delikt; denn schon das Beiseiteschaffen ist ohne Rücksicht auf die später geglückte Befriedigungsvereitelung strafbar. Die Vollstrekkungsvereitelung ist nach geltendem Recht ein kupiertes Erfolgsdelikt (Binding I S. 12).

Schumacher will für das Delikt des § 288 StGB. den bedingten Vorsatz genügen lassen, weil dieser keineswegs schwächer sei als der gewöhnliche Vorsatz[47]). Dem kann jedoch nicht beigetreten werden, weil es sich ohnedies um ein Vergehen handelt, das mit dem Versuch bereits vollendet ist.

---

42) Olshausen S. 1607.
43) Binding S. 419.
44) Liszt S. 455.
45) Gerland S. 620.
46) Frank S. 680.
47) Schumacher S. 28.

Fest steht, daß dolus eventualis nicht genügt, sondern nur der dolus directus oder determinatus. Das Reichsgericht führt hiezu aus: „Als direkt und bestimmt gewollt erscheint ein Erfolg schon dann, wenn der Täter seinen Eintritt als notwendige, unvermeidliche Folge seines Handelns voraussieht und mit diesem Bewußtsein zur Ausführung schreitet, mag es auch nicht diese, sondern eine andere nebenher oder vorangehende Vorstellung sein, aus welcher der Antrieb zur Tat entsprungen ist[48]). Zum dolus eventualis würde genügen, daß die Möglichkeit eines Erfolgseintrittes vorhanden ist und daß der Täter mit dessen Eintritt mindestens einverstanden ist.

Das geltende Recht bestraft also immer dann, wenn der Schuldner die klare Vorstellung hat, daß durch seine Handlung die Befriedigung des Gläubigers vereitelt wird. Gleichgültig sind dabei die Motive, die ihn zur Tat veranlassen. Demgemäß wurde nach einem Urteil vom 17. 9. 1907, abgedruckt in der Zeitschrift „Das Recht", das Gesetz in einem Falle angewendet, in dem als Beweggrund des Handelns die Verschaffung von Mitteln zum Leben und die Rettung des Vermögens des Sohnes des Angeklagten bestimmend war, weil der Angeklagte die Vereitelung der Befriedigung des Gläubigers als unvermeidliche Folge voraussah[49]).

Schwering bemerkt, daß diese Entscheidung nicht unbedenklich sei, denn eine Handlung könne begrifflich stets nur in einer Absicht vorgenommen werden. So müsse deshalb unter genauester Würdigung aller Umstände untersucht werden, was für den Täter ausschlaggebend war, die straflose Absicht, durch Veräußerung sich Mittel zum Lebensunterhalt zu verschaffen, oder die strafbare Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln; je nachdem habe Strafe oder Freisprechung zu erfolgen.[50]). Hiezu muß bemerkt werden, daß die Absicht in § 288 StGB. nicht als verstärkter Vorsatz gebraucht ist, der das

48) RG. 27/242.
49) Zeitschrift „Das Recht" 07, S. 1215 Nr. 3045.
50) Schwering S. 50.

Bewußtsein, daß ein anderer Erfolg eintritt, ausschließt. Straflosigkeit kann sich nur dann ergeben, wenn die Vollstreckungsvereitelung das einzige Mittel ist, um sich Mittel zum Lebensunterhalt zu verschaffen. Es liegt dann Notstand vor.

Zu erwähnen ist, daß nach Binding das Delikt auch bedingt begangen werden kann[51]). Hiezu ein Beispiel: Jemand will eine unerlaubte Handlung begehen, er weiß aber, daß er nachher den dadurch entstandenen Schaden ersetzen muß. Um dem zu entgehen, schafft er vorher Bestandteile seines Vermögens beiseite. Binding will auch dieses Verhalten als Vollstreckungsvereitelung bestraft wissen. Dazu fehlen jedoch die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, denn zur Zeit, da die Beiseiteschaffung der Befriedigungsobjekte geschieht, fehlt die drohende Zwangsvollstreckung und zu der Zeit, wo die Zwangsvollstrekkung drohen wird, ist die Vereitelungsabsicht schon längst abgeschlossen. Die Auffassung Bindings steht also im vollkommenem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes[52]).

Beim Vergehen des § 288 StGB. kommt es darauf an, ob der Schuldner die Absicht oder das Bewußtsein hat, die Vollstreckung zu vereiteln. Der Schuldner darf demgemäß über Bestandteile seines Vermögens auch dann verfügen, wenn ihm eine Zwangsvollstreckung droht, solange er es nicht in der Absicht oder dem Bewußtsein tut, die Befriedigung seines Gläubigers zu vereiteln. Schafft er also einen Gegenstand beiseite, weil er etwa für ihn ein besonderes Affektionsinteresse hat, im Bewußtsein, der Gläubiger könne auf andere Weise Befriedigung erhalten, so verstößt er nicht gegen den § 288 StGB[53]). Gleicher Ansicht ist Behme, der ausführt, daß der Schuldner trotz dem § 288 StGB. nach wie vor veräußern könne was er wolle, er würde nur dann bestraft, wenn er dieses in der erwiesenen Vereitelungsabsicht tue. Wenn er bei drohender Zwangsvollstreckung nur ein einzelnes Vermö-

51) Binding S. 419.
52) Vgl. Schwering S. 50.
53) Vgl. Schwering S. 103.

gensstück, vielleicht ein Andenken, beiseite schaffe, welches nicht Gegenstand der Forderung bildet, während sonst noch genügendes Befriedigungsmaterial vorhanden sei, so werde er in der Regel nicht bestraft werden können, da wohl nie zu beweisen sein werde, daß er es getan habe in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln.[54]) Behme und Schwering bringen gleichliegende Beispiele, jedoch schränkt Behme dahingehend ein, daß der Vermögensbestandteil nicht Gegenstand der Forderung sein dürfe.

Da die Absicht oder das Bewußtsein, die Zwangsvollstreckung zu vereiteln maßgebend ist, so ist Strafbarkeit nicht ausgeschlossen, wenn der Täter bei der Handlung einen anderen Gläubiger befriedigen will, wenn ihm der Vorsatz nachgewiesen wird, wozu, wie oben erwähnt, nach der Reichsgerichtsentscheidung 27/241 das Bewußtsein genügt, daß die Benachteiligung des Gläubigers eine notwendige Folge seines Handelns sein werde. Die Absicht nach § 288 StGB. ist demgemäß so zu fassen, daß selbst dann Befriedigungsvereitelung vorliegt, wenn der Schuldner die Forderung eines bevorzugten oder durch Pfandrecht geschützten Gläubigers befriedigt,[55]) wenn er zugleich das Bewußtsein hat, die Befriedigung eines anderen Gläubigers zu vereiteln. Eine andere Meinung stellt darauf ab, ob der Gläubiger nur nach der Höhe seiner Forderung befriedigt wird, oder darüber hinaus. Nur im letzteren Falle solle nach § 288 StGB. bestraft werden.[56]) Frank nimmt bei Befriedigung des einen Gläubigers eine Pflichtenkollision an und kommt aus diesem Grunde zu einer Straflosigkeit des Täters.[57]) Schwarz will § 241 KO. entsprechend anwenden, wonach der Schuldner nicht bestraft wird, der eine fällige Schuld tilgt, um den forderungsberechtigten Gläubiger zu begünstigen. „Wenn der Täter lediglich einer bestehenden Verpflichtung nach-

54) Behme S. 42.
55) Vgl. Olshausen S. 1607.
56) Vgl. Seelenfreund S. 32.
57) Frank S. 680.

kommt, der andere Gläubiger nur das erhält, was er zu fordern hat, kann weder der Täter, noch als Gehilfe der andere Gläubiger — qui suo iure utitur neminem laedit — bestraft werden".[58]) Richtig ist, was Frank und Schwarz vortragen, doch muß eine Anwendung ihrer Auffassung nach geltendem Recht abgelehnt werden, weil das Bewußtsein des Täters genügt, daß die Befriedigung eines anderen Gläubigers vereitelt wird.

Wie steht es dabei mit unpfändbaren Sachen? Wie gesagt ist nach § 288, weil es sich um ein kupiertes Erfolgsdelikt handelt, also der Versuch der Vollendung gleichsteht, besondere Betonung auf die Absicht zu legen. Danach würde selbst dann eine strafbare Handlung vorliegen, wenn eine unpfändbare Sache beiseite geschafft wird, sofern die Absicht vorliegt, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Eine solche Auslegung würde, wie unter dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensbegriffes dargelegt ist, dem Zwecke des Gesetzes widersprechen, das dem Schutze des Gläubigers dient.

Daß die Veräußerung Minderung der Befriedigungsmasse sein müsse und zwar derart, daß keine zur Befriedigung ausreichende Masse mehr vorhanden ist, andernfalls keine Veräußerung im Sinne des § 288 StGB. vorliege, ist nicht richtig.[59]) Jede in der Absicht oder dem Bewußtsein, die Befriedigung zu vereiteln erfolgende Veräußerung oder Beiseiteschaffung ist strafbar. Sie ist nur in der Regel dann nicht zu bestrafen, weil bei genügend vorhandener Befriedigungsmasse kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß die Veräußerung tatsächlich in der oben genannten Absicht erfolgt ist. „Absicht nach § 288 StGB. setzt nicht voraus, daß tatsächlich die Befriedigung des Gläubigers vereitelt worden ist. Erforderlich ist nur die entsprechende Absicht des Täters." [60])

In diesem Zusammenhang soll kurz die Berechtigung des § 288 StGB. als Absichtsdelikt behandelt werden.

58) Schwarz S. 667.
59) Vgl. Wurfschmidt S. 24 und 28.
60) JW. 1932/III, S. 3625, Nr. 16/2.

Seiberth knüpft hier an Wach's Darstellung an, wonach es widerspruchvoll und haltlos sei, grundsätzlich die mildere Strafbarkeit des Versuchs gegenüber der Vollendung zu proklamieren, ferner verwerflich sei, Versuchstatbestände als vollendete Verbrechen hinzustellen und diesen Grundsatz an allen Ecken und Enden zu durchbrechen.[61]) Gemeint ist damit, daß bei den kupierten Erfolgsdelikten auch bei Eintritt des Erfolges nicht strenger bestraft wird als bei einem Versuch. Nach Seiberth muß, im Anschluß an Wach, der Versuch nur dann als vollendetes Delikt behandelt werden, wenn er anders straflos bliebe, z. B. bei erfolgloser Anstiftung, wenn der Versuchstatbestand so schwer wiegt, daß er der Vollendung gleichgestellt ist und wenn der Zweck des Täters den Charakter des Angriffes selbst bestimmt.[62]) So kommt er schließlich dazu, aus dem § 288 StGB. ein Erfolgsdelikt zu machen. Andere, z. B. Seelenfreund, treten aus dem Grunde für ein Erfolgsdelikt ein, weil sich der Erfolg leichter beweisen ließe, als die erst darauf hinwirkende Absicht.[63])

Wie dem auch sein mag, es besteht heute an und für sich kein Grund mehr im nationalsozialistischen Staat, die Absichtsdelikte in Erfolgsdelikte umzuwandeln. Das jetzige Strafrecht ist ein Willensstrafrecht und es wird deshalb mit Recht, wie später dargelegt werden wird, der verbrecherische Wille bestraft, wenn er auf irgendeine Art und Weise zum Ausdruck kommt. Aus diesem Grunde besteht die Tendenz, den Versuch sogar, soweit möglich, auf Vorbereitungshandlungen auszudehnen. Auf der anderen Seite ist es jedoch nicht erforderlich, den Versuch bei einem Delikt als Erfolg zu behandeln, bei dem nach seiner ganzen Art eine so schwere Strafe nicht am Platze ist.

III. Das Zusammentreffen mit anderen Delikten.

§ 288 StGB. kann mit vielen anderen Delikten ideell konkurrieren, so mit Brandstiftung oder Ueberschwem-

61) Seiberth S. 57 (Wach, Darstellung VI).
62) Seiberth S. 58.
63) Seelenfreund S. 44.

mung (§§ 306—308, 312—313). Voraussetzung ist natürlich, daß diese Delikte Mittel zur Beiseiteschaffung von Vermögensstücken sind. Tateinheitliches Zusammentreffen ist ferner möglich mit Versicherungsbetrug (§ 265 StGB.), mit Pfandkehrung (§ 289 StGB.), mit Urkundenfälschung (§ 267 ff. StGB.) und unter Umständen sogar mit Betrug (§ 263 StGB.); letzteres insbesondere bei einer Scheinveräußerung. Schließlich kann § 288 StGB. mit Unterschlagung in Idealkonkurrenz treten, jedoch nur dann, wenn der Eigentümer einen vollstreckbaren Titel auf Herausgabe erwirkt. Tateinheitliches Zusammentreffen ist möglich mit § 137 StGB., sofern die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat.[64]) Nicht dagegen ist eine Konkurrenz möglich mit Sachbeschädigung, weil eine Sachbeschädigung kein Beiseiteschaffen im Sinne des Gesetzes ist.

IV. Antragserfordernis und Bestrafung.

Dem Zwecke des § 288 StGB. entsprechend, dem Schutze des Gläubigers zu dienen, wird die Vollstreckungsvereitelung nur bestraft, wenn ein Antrag gestellt wird. Den Strafantrag zu stellen, ist grundsätzlich der Verletzte berechtigt, also der, in dessen Rechtskreis der Täter durch die verbotene Handlung eingegriffen hat. (RG. 68/305).

Der Strafrahmen des § 288 StGB. ist Gefängnis bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe. Letztere ist, da es sich um ein Vergehen handelt dem § 27/II Z. 1. StGB. zu entnehmen. Sie kann also auf mindestens drei Reichsmark und höchstens zehntausend Reichsmark festgesetzt werden. Bei Gewinnsucht des Täters kann jedoch nach § 27a StGB. die Geldstrafe auf 100000.— RM. erhöht werden. Aus Gewinnsucht handelt nach RG. 60/389: „ . . . wer seinen Erwerbssinn in einem ungewöhnlichen, ungesunden und sittlich anstößigen Maße betätigt . . .“, wobei nicht erforderlich ist, daß sie dauernd vorhanden ist. (RG. 60/306). An die Stelle einer Geldstrafe tritt bei Uneinbringlichkeit eine Gefängnisstrafe. (§ 29 StGB.).

64) Frank S. 680.

C. Besondere Fälle der Vollstreckungsvereitelung.

I. Auftrag und Geschäftsbesorgung als Rechtfertigungsgrund.

A. hat von B. Geld bekommen, um für diesen etwas zu besorgen; sobald ihm die Zwangsvollstreckung droht, gibt er das Geld zurück.

Eine ähnliche Konstruktion wie im Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär (hier gilt die Forderung als Forderung des Kommittenten § 392 HGB.) und der Kommittent hat daher im Konkurs ein Aussonderungsrecht), ist abzulehnen. Auf den gleichartig gestalteten Geschäftsbesorgungsvertrag des bürgerlichen Rechts §§ 662, 675 BGB. ist diese handelsrechtliche Vorschrift nicht auszudehnen. Es begeht daher der Geschäftsbesorger Vollstreckungsvereitelung. In diesem Sinne äußert sich Jaeger und in Anlehnung an diesen Seelenfreund[65]). Dieser Standpunkt ergibt sich daraus, daß angenommen wird, daß der Geschäftsbesorger an den ihm zur Geschäftsbesorgung übertragenen Sachen Eigentum erlangt; weiter daraus, daß bei Befriedigung eines Gläubigers stets das Bewußtsein, daß ein anderer Gläubiger keine Befriedigung erhält, vorliegen kann.

In unserem Fall schafft A. Bestandteile seines Vermögens, nämlich das ihm übergebene Geld, an dem er, sofern nichts besonderes vereinbart worden ist, Eigentum erlangt hat, beiseite, indem er es in dem Bewußtsein zurückgibt, daß die Befriedigung des Gläubigers vereitelt wird. Nicht zu verkennen ist dabei, daß eine Art Pflichtenkollission vorliegt. A. steht zum Auftraggeber B. in einem Treueverhältnis. Er ist ihm gegenüber verpflichtet, so hat er insbesondere gemäß § 666 BGB. eine Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht. Trotzdem macht sich A. nach geltendem Recht bei Rückgabe des Geldes an B. strafbar. Das Reichsgericht hat hiezu entschieden: „Denn auch das

65) Jaeger KO. § 43 Anm. 53; Seelenfreund S. 21.

bürgerliche Recht versagt einer von ihm verliehenen Befugnis jede Anerkennung, sobald sie mit dem Strafgesetzbuch in Widerspruch tritt“ [66]). Keineswegs kann danach also bei der Kollision einer Pflicht nach dem BGB. mit einer solchen nach dem StGB. wie bei dem Zusammentreffen zweier strafrechtlicher Pflichten, ein Rechtfertigungsgrund angenommen werden.

Straflosigkeit würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn A. annimmt, daß er mit seinem Tun lediglich einer bürgerlichrechtlichen Pflicht Genüge leiste und daß er derselben nachkommen müsse; er irrt sich dann über das Bestehen einer Verpflichtung zu einem an sich rechtswidrigen Verhalten. Trotz Vorliegens einer Straftat ist seine Handlung nicht strafbar. Die oben genannte Entscheidung fährt hiezu fort: „Ein derartiger Irrtum über das Bestehen einer solchen Verpflichtung zu einem an sich rechtswidrigen Verhalten muß aber vom Strafrecht auch da als Schuldausschließungsgrund anerkannt werden, wo das Rechtswidrigkeitsbewußtsein nicht ausdrücklich zum gesetzlichen Tatbestandsmerkmal des einzelnen Vergehens oder Verbrechens erhoben ist“ [67]).

A. begeht nach geltendem Recht, außer im Falle eines beachtlichen Zivilrechtsirrtums, Vollstreckungsvereitelung, wenn er, wie es meist der Fall sein wird, Eigentümer des ihm zur Ausführung des Auftrages oder der Geschäftsbesorgung übergebenen Geldes wird; er also nicht lediglich Besitz daran erlangt. Lediglich den Besitz am Gelde hat er dann, wenn er das Geld nach dem Willen des Auftraggebers gesondert aufbewahrt. Vermischt er dagegen das Geld mit seinem eigenen, so geht das Eigentum, selbst gegen den Willen des Auftraggebers auf ihn über (§ 948 BGB). Hat A. kein Eigentum an dem Gelde erlangt, sondern nur den Besitz, dann steht dem B. ein Widerspruchsrecht gegen eine Pfändung vonseiten eines anderen Gläubigers zu. Eine Bestrafung nach § 288 StGB. würde, wie im I. Teil ausgeführt ist, dem Zwecke

66) RG. 56/161.
67) RG. 56/161.

des Gesetzes widersprechen, wonach der Schutz des Gläubigers ins Auge gefaßt ist.

In diesem Zusammenhange sei kurz auch der Fall betrachtet, wo A. bei drohender Zwangsvollstreckung das Geld, an dem er Eigentum erlangt hat, nicht zurückgibt, sondern mit diesem seinen Auftrag ausführt, oder das Geschäft besorgt. A. schafft dabei zunächst Bestandteile seines Vermögens beiseite, erlangt aber dafür den Besitz und meist auch das Eigentum an einer anderen Sache. Nur den Besitz erlangt er, wenn er mit B. darüber einig ist, daß das Eigentum unmittelbar auf diesen übergehen soll und er durch Selbstkontrahieren gemäß §§ 181, 930 BGB. das Eigentum unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses auf B. überträgt. Erforderlich ist dabei noch, daß es dem Geschäftsgegner gleichgültig ist, wenn er das Eigentum überträgt. Da es jedoch vor allem auf die Absicht ankommt, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, kann A. bei Nachweis einer solchen, nach § 288 StGB. bestraft werden. Zum Nachweis der Absicht kann der Umstand, ob der Gegenstand, den er erlangt, dem hingegebenen Gelde entspricht, einen wesentlichen Anhaltspunkt abgeben. Straflos bleibt A., wie oben ausgeführt, wenn er annimmt, daß die bürgerlichrechtliche Pflicht der strafrechtlichen Verbotsnorm vorgehe. A. wird auch meist aus dem Grunde nicht zu bestrafen sein, weil beim Kauf von irgendwelchen gleichwertigen Sachen eine Vollstreckungsvereitelungsabsicht nicht nachgewiesen werden kann.

Gläubigerbefriedigung als Rechtfertigungsgrund?

Selbst dann, wenn A. an dem Gelde und den ihm etwa übertragenen Gegenständen Eigentum erlangt, ist eine Bestrafung nicht befriedigend. Es stehen sich die Interessen zweier Gläubiger gegenüber. Den einen Gläubiger auf Kosten des anderen zu befriedigen wäre höchst unbillig.

Schumacher erklärt hiezu: „Was das bürgerliche oder das öffentliche Recht verlangen, kann das Strafrecht nicht

gleichzeitig untersagen. Daher ist die Befriedigung eines Gläubigers durch den Schuldner nicht rechtswidrig“ [68]). Er begründet seine Ansicht damit, daß rechtspolitische Erwägungen die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes der Gläubigerbefriedigung fordern. Tue man das nämlich nicht, so werde der Schuldner von einer Befriedigung aller Gläubiger absehen, sobald ihm vonseiten irgend eines Gläubigers die Zwangsvollstreckung drohe. Damit zwinge er seine sämtlichen Gläubiger, sich einen Titel für ihre Ansprüche zu beschaffen, wodurch eine überflüssige Mehrarbeit für die Parteien und eine vermeidbare Ueberbelastung der staatlichen Rechtspflegeorgane erforderlich werde. Eine weitere Folge sei eine Zahlungsstokkung bis zur zwangsweisen Verwirklichung dieser Ansprüche, die den Umlauf der Güter, der das Wesen jeder höherwertigen Wirtschaftsordnung ausmache, zeitweilig störe [69]).

Frank nimmt bei Gläubigerbefriedigung eine Art Pflichtenkollision an und Schwarz will § 241 KO analog anwenden, der auf die kongruente Befriedigung des Gläubigers abgestellt ist [70]).

Soweit die streitigen Ansichten. Unverkennbar gibt es wichtige Gründe, die für eine gesonderte Behandlung der Gläubigerbefriedigung sprechen, doch muß die bevorzugte Gläubigerbefriedigung grundsätzlich als strafbar betrachtet werden.

Kann man aber nicht, insbesondere in den Fällen der §§ 662, 675 BGB. aus einem anderen Gesichtspunkt heraus ganz allgemein zu einer Straflosigkeit des Beauftragten oder des Geschäftsbesorgers kommen? Man muß hiebei doch vor allem den Grund betrachten, der für die Uebergabe des Geldes bezw. den Erwerb der Sache maßgebend war. Dem Beauftragten ist das Geld oder die Sache nicht deshalb übertragen worden, um fortan darüber wie über sein Eigen zu verfügen, das wird er auch

68) Schumacher S. 32.
69) Schumacher S. 32.
70) Frank S. 680; Schwarz S. 667.

im allgemeinen nicht wollen, sondern er wird nur im Interesse des Uebertragenden bezw. Auftraggebers unter der, wenn auch häufig stillschweigenden, Abrede der späteren Rückübertragung handeln. Seine Stellung ist daher nicht frei und ungebunden, vielmehr besteht lediglich eine Berechtigung nach außen, nicht dagegen nach innen. So kann unter Umständen nicht das Eigentum oder das Recht selbst, sondern nur die Berechtigung zur Verfügung übertragen sein. A. hat dann nur den Besitz an dem Geld bezw. der Sache und das Verfügungsrecht. Möglicherweise kann aber auch A. das Eigentum oder das Recht in seinem wirtschaftlichen Inhalt übertragen sein. Das Eigentum selbst ist aber zweckgebunden und für die Ausführung eines bestimmten Auftrages bestimmt.

In all diesen Fällen liegt ein fiduziarisches oder doch ein diesem ähnliches Rechtsverhältnis vor. Das Reichsgericht hat dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht im Konkurs und ein Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO. zuerkannt und auch treuhandähnliche Rechtsverhältnisse ins Auge gefaßt. In der Entscheidung handelt es sich darum, daß einem Treuhänder eine Hypothek lediglich in seiner Eigenschaft als Treuhänder übertragen worden war. Aus der übertragenen Hypothek wollten sich die Gläubiger des Treuhänders befriedigen, wogegen sich die Treugeber mit Erfolg wehrten. Das Reichsgericht begründet seine Entscheidung wie folgt: „In allen Fällen eines solchen Treuverhältnisses wird dem Treuhänder die Sache oder das Recht übertragen, nicht damit er fortan darüber als über sein Eigen verfügen darf, sondern zur Verwertung im Interesse des Uebertragenden und unter der Abrede der späteren Rückübertragung. Dann aber ist seine Stellung rechtlich nicht frei und ungebunden, sondern es besteht — wie man zu sagen pflegt — nur nach außen eine Berechtigung, nicht nach innen, oder übertragen sei das Eigentum oder das Recht in seinem rechtlichen, nicht auch in seinem wirtschaftlichen Inhalt.“ [71]) Meines Erachtens kann nicht bestritten werden, daß es sich auch in

71) RGZ. 79/122.

diesem Fall um eine Art Treuhandverhältnis handelt. Man gelangt also aus diesem Grunde zu einer Straflosigkeit.

II. Die durch Notstand veranlaßte Vollstreckungsvereitelung.

(Notstand im kommenden Recht).

Ein weiterer Fall sei hier noch aufgeführt, dessen Entscheidung durch das Reichsgericht höchst unbillig anmutet.

A. hat von B., der weiß, daß sich dieser in großer Not befindet, Geld bekommen, damit er sich Lebensmittel kaufen und bestimmte Schulden bezahlen kann. A. würde nämlich keine Lebensmittel mehr bekommen, wenn er seine Schulden nicht bezahlen würde. Wie A. nun die Zwangsvollstreckung droht, zahlt er schnell diese Schulden und kauft sich Lebensmittel.

Ein derartiger Fall wurde vom Reichsgericht, dessen Entscheidung in der Zeitschrift „Recht" 07 Nr. 3045 abgedruckt ist, vollkommen unbillig entschieden. Die Entscheidung spricht sich dahingehend aus, daß der Anwendung des Gesetzes auch der Umstand nicht entgegenstehe, wenn als Beweggrund des Handelns auch die Verschaffung von Mitteln zum Leben und die Rettung des Vermögens des Sohnes für den Angeklagten bestimmend war. Nach Schwering ist diese Entscheidung nicht unbedenklich, weil eine Handlung stets nur begrifflich in einer Absicht vorgenommen werden könne. Es müsse deshalb in solchen Fällen unter genauester Würdigung aller Umstände untersucht werden, was für den Schuldner ausschlaggebend war, die straflose Absicht, durch Veräußerung sich Mittel zum Lebensunterhalt zu verschaffen, oder die strafbare Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln; je nachdem habe Strafe oder Freisprechung zu erfolgen.[72]) Die Entscheidung des Reichsgerichts ist jedoch nicht aus dem Grunde bedenklich, weil eine Handlung nur in einer Ab-

72) Schwering S. 96.

sicht vorgenommen werden kann; dieses stimmt nämlich nur, insofern Absicht wie Zweck und Ziel des Handelns aufzufassen ist; hier ist begrifflich nur die Tat möglich, die wirklich auch angestrebt ist und hier wird der dolus eventualis ausgeschlossen. Der Entscheidung des Reichsgerichts ist vielmehr deshalb nicht zuzustimmen, weil Notstand Platz greift.

Meines Erachtens kann man unbedenklich den strafrechtlichen Notstand zugrunde legen. Der Täter ist danach entschuldigt, wenn die Handlung in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstand, einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des Täters oder eines Angehörigen, begangen wird. Zum Begriff der gegenwärtigen Gefahr erklärt das Reichsgericht, diese sei dann gegenwärtig, wenn ein Zustand eingetreten sei, der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird [73]). Im gegebenen Falle mag unterstellt werden, daß der Notstand unverschuldet ist. A. würde bei Nichtzahlung seiner Schulden keine Lebensmittel mehr erhalten und dadurch an seiner Gesundheit Schaden leiden. Somit ist auch die gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben gegeben. Für eine Beseitigung des Notstandes auf andere Art und Weise als durch Verwendung des Geldes zur Deckung der Schulden und zum Einkaufen von Lebensmitteln ergibt sich kein Anhaltspunkt. Insbesondere kann dem A. nicht zugemutet werden, sich Lebensmittel durch Diebstahl oder durch eine andere strafbare Handlung zu verschaffen. Weiter muß berücksichtigt werden, daß A. das Geld zu einem bestimmten Zwecke, nämlich um seine Schulden zu bezahlen und sich Lebensmittel zu kaufen, bekommen hat. A, ist, da strafrechtlicher Notstand vorliegt, in seinem Tun entschuldigt.

Sollte man aber die Anwendbarkeit des strafrechtlichen Notstandes, wozu nach meinem Erachten kein Grund vorliegt, verneinen, so würde übergesetzlicher Notstand

73) RG. 61/255.

zu einer Rechtfertigung der Handlung führen. Nach ihm ist ein Eingriff in fremde Rechtsgüter dann gerechtfertigt, wenn er nach pflichtgemäßem Ermessen das einzige Mittel ist, um ein wertvolleres Rechtsgut vor einer drohenden Gefahr zu retten[74]).

Im gegebenen Fall erfolgt ein Eingriff in das Recht des Gläubigers, sich durch Zwangsvollstreckung zu befriedigen. Dieser ist aber dadurch gerechtfertigt, weil er das einzige Mittel ist, um ein wertvolleres Rechtsgut, nämlich Leib und Leben, vor einer drohenden Gefahr zu retten. Die Gefahr für Leib und Leben des Schuldners besteht ohne Zweifel bei Nichtzahlung der Schulden, weil ihm eine weitere Lebensmittelabgabe verweigert werden würde, sodaß er hungern müßte. Leib und Leben ist nach dem Güterabwägungsprinzip und dem Prinzip des höherwertigen Rechtsgutes höher zu werten, als der Befriedigungsanspruch eines Gläubigers. A. wird also nicht wegen Vollstrekkungsvereitelung bestraft, doch darf nach übergesetzlichem Notstand der Eingriff in das fremde Rechtsgut nur nach pflichtgemäßer Abwägung der in Widerstreit stehenden Güter erfolgen.

Notstand im kommenden Recht.

Das geltende Strafrecht unterscheidet scharf zwischen Schuld- und Unrechtausschließungsgründen. Dies hat seine grundsätzliche Bedeutung in der Wirkung. Fehlt es nämlich nur an der Schuld, so bleibt die Handlung rechtswidrig. Man kann sich dagegen wehren, der Teilnehmer kann als mittelbarer Täter bestraft werden; fehlt es aber an der Rechtswidrigkeit, so entfallen für den Täter alle Unrechtsfolgen. Der Teilnehmer ist regelmäßig ebenfalls zu seinem Verhalten befugt. Das geltende Recht unterscheidet selbst bei den verschiedenen Notstandsarten Schuld- und Unrechtausschließungsgründe. So ist der strafrechtliche Notstand ein Schuldausschließungsgrund, der übergesetzliche Notstand ein Unrechtauschließungsgrund.

74) RG. 61/242.

Nach dem Entwurfe der Strafrechtskommission soll der Unterschied zwischen Schuld- und Unrechtausschließungsgründen fallen. In der I. Lesung des Entwurfs wurde zunächst noch der Unterschied beibehalten. „Ist das bedrohte Rechtsgut gegenüber dem durch die Einwirkung verletzten Rechtsgut unverhältnismäßig wertvoll, so handelt der Täter nicht rechtswidrig; andernfalls handelt er zwar rechtswidrig, ist aber entschuldigt“ [75]). Der Abschnitt hatte auch die Ueberschrift „Der Ausschluß von Unrecht und Schuld.“ Im Mittelpunkt dieser I. Lesung des Entwurfs steht das Prinzip der Güterabwägung.

Inzwischen wurde in der Literatur ernstlich die Ansicht vertreten, daß für ein Willensstrafrecht, das in erster Linie sich gegen den verbrecherischen Willen wende, ein die Rechtswidrigkeit ausschließender Umstand nur unter dem Gesichtspunkt des Entfallens der Schuld des Täters betrachtet werden dürfe und darum für eine Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen kein Raum sei, während von der Gegenseite dagegen geltend gemacht wird, daß die Schuldfrage gar nicht auftauchen könne, wenn die Tat von der Rechtsordnung nicht mißbilligt werde und darum nicht rechtswidrig sei.

Durch die neutrale Ueberschrift „Ausschluß der Strafbarkeit“ ist der Streit zwischen Schuld- und Unrechtsausschließungsgründen beigelegt worden.

Der Notstand wird ausgedehnt auf Angriffe auf ein beliebiges Rechtsgut. Damit kommt die Beschränkung auf den Leibes- und Lebensnotstand in Wegfall. Weiterhin soll der Notstand im Interesse aller Personen zulässig sein. Damit wird nach kommendem Recht der übergesetzliche Notstand in das Gesetz mit einbezogen. Nicht erfaßt werden soll jedoch der Fall der Unterbrechung der Schwangerschaft, auf den die Regelung des übergesetzlichen Notstandes durch das Reichsgericht zurückgeht (RG 61/242), dieser soll eine gesonderte Regelung erfahren.

Die Fassung des Entwurfs lautet: „Im Notstand han-

75) Das kommende Strafrecht, allgemeiner Teil, 1935.

delt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder anderen abzuwenden, wenn nicht von ihm oder dem Gefährdeten nach gesunder Volksanschauung erwartet oder gefordert werden muß, den Schaden zu dulden“ [76]).

Kurz sei geprüft, ob die Tat nicht aus dem Grunde straflos bleibt, weil A. nicht zugemutet werden kann, die Zwangsvollstreckung zu dulden. In früheren Entscheidungen hat man eine gewisse Neigung des Reichsgerichts zur Annahme übergesetzlicher — sog. atypischer, weil nicht im Gesetz normierter Schuldausschließungsgründe, insbesondere eine sog. Nichtzumutbarkeit feststellen können: So nimmt RGSt. 58/98 an, daß der Ehemann, wenn er seine Frau an einem unzüchtigen Verkehr in der ehelichen Wohnung nicht hinderte, nur dann strafbar sei, wenn ihm ein Einschreiten zugemutet werden könnte“.

Von dieser Rechtsprechung ist das Reichsgericht abgekommen. Es hat zwar in RGSt. 66/222 festgestellt, daß der Kern der §§ 52 und 54 StGB. der Gedanke der Nichtzumutbarkeit sei: „Beiden Vorschriften liegt der Gedanke zugrunde, daß als Schulausschließungsgrund nicht nur die Gründe des § 51 in Betracht kommen, sondern auch eine durch besondere äußere Umstände verursachte abnorme Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung in Betracht kommen kann, die bei Berücksichtigung des Selbsterhaltungstriebs ein normgemäßes Verhalten nicht zumutbar erscheinen läßt. Eine unter solchen Umständen begangene tatbestandsmäßige Handlung bleibt zwar ..... objektiv rechtswidrig, ist aber wegen des ungewöhnlichen seelischen Druckes, der auf dem Täter lastet, subjektiv nicht pflichtwidrig und begründet deshalb keinen Schuldvorwurf.“ In einer weiteren Entscheidung hat das Reichsgericht zwar an diesem Gedanken festgehalten, betont aber, daß „durch die Heranziehung des Begriffs der Zumutbarkeit keineswegs ein über die gesetzlich umschriebenen Fälle hinausreichender, übergesetzlicher Entschuldi-

76) Das kommende Strafrecht, allgem. Teil, Dr. Franz Gürtner.

gungsgrund der Nichtzumutbarkeit anerkannt werden sollte .... Andere als die im Gesetz umschriebenen Entschuldigungsgründe können nicht zugebilligt werden“ [77]).

Mit dem Reichsgericht muß man daher eine Erweiterung von nicht im Gesetze festgelegten Schuldausschließungsgründen ablehnen. Es kann mit dem Begriffe der Zumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund nur dann gearbeitet werden, wenn es sich um ein fahrläßig begangenes Delikt handelt. Dafür bringt das Reichsgericht als Beispiel den sog. „Leinenfängerfall“ [78]). Der Kutscher fuhr hier mit einem sog. „Schläger“ aus, weil er sonst Gefahr lief entlassen zu werden. Es ereignete sich hiebei ein Unfall. Dieses Verhalten wurde dem Kutscher nicht als strafbare Handlung zur Last gelegt.

In neueren Entscheidungen kommt das RG. zwar wieder auf den Begriff der Zumutbarkeit zurück, doch liegt er der Entscheidung 67/310 nicht zugrunde. Die Entscheidung 69/267 stellt auf den Grundsatz der Zumutbarkeit ab. Sie gibt dem Soldaten ein Notwehrrecht dann, wenn mit Rücksicht auf die soldatische Ehre, trotz der Achtung vor der Stellung des Vorgesetzten, die Anwendung eines anderen Mittels nicht zuzumuten ist. Nach meiner Ansicht handelt es sich jedoch in genannter Entscheidung nur um eine Abweichung von obigen Grundsätzen zugunsten der soldatischen Ehre.

D. Die Vollstreckungsvereitelung im kommenden Recht.

I. Umgestaltung des § 288 StGB. in ein Erfolgsdelikt.

Die dem geltenden Recht anhaftenden Mängel sollen im kommenden Strafrecht beseitigt werden.[79])

Zunächst ist beabsichtigt, die Tat erst dann als voll-

77) RG. 66/399.

78) RG. 30/25.

79) Diesem Abschnitt liegt der Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission, insbesondere „Das kommende deutsche Strafrecht, besonderer Teil“ von Dr. Franz Gürtner S. 376/7 zu Grunde.

endet anzusehen, wenn durch die Veräußerung oder Beiseiteschaffung eine Vereitelung ganz oder zum Teil tatsächlich eingetreten ist. Dies entspricht dem Grundgedanken der Gesetzesvorschrift, der der Schutz des Gläubigers gegen eine Vereitelung seines Rechtes auf Befriedigung ist. Die Tat wird also dann nicht mehr als kupiertes Erfolgsdelikt behandelt, bei dem der Versuch der Vollendung gleichgestellt ist. Dadurch entfällt die Härte, daß den Täter die gleiche Strafe trifft, mag nun der erstrebte Erfolg eintreten oder nicht. Die Tatsache, daß der Täter Bestandteile seines Vermögens wissentlich beiseite geschafft hat, ist selbst hinsichtlich des Kausalzusammenhangs, ob die Befriedigung gerade durch die konkrete Vermögensveräußerung vereitelt worden ist, leichter nachzuweisen, als eine erst darauf hinzielende Absicht, oder das Bewußtsein vom Eintritt eines solchen Erfolges.

Gemäß der generellen Einstellung des Entwurfs zur Vollendung, wonach die Vollendung einer Tat möglichst weit vorverlegt wird, wird auch hier die Tat schon mit dem Beginne der Tatbestandsverwirklichung bestraft werden. Um aber nicht jede Veräußerung oder Beiseiteschaffung von Vermögensbestandteilen, die voraussehbar zu einer Vereitelung der Befriedigung des Gläubigers führen kann und demnächst auch führt, mit Strafe zu bedrohen, ist der bedroht, der durch die Veräußerung oder Beiseiteschaffung die Befriedigung des Gläubigers ganz oder zum Teil „wissentlich“ vereitelt. Durch das Erfordernis der Wissentlichkeit wird der bedingte Vorsatz von der Strafbarkeit ausgeschlossen. Diesen schließt zwar auch schon die herrschende Lehre im geltenden Recht aus, doch wird dies, wenn auch nur teilweise, bestritten. Würde man die Gesetzesvorschrift nicht in diesem Sinne einschränken, so würde die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in weitgehendem Umfange beschränkt werden. Dies würde dem Zwecke des Gesetzes widersprechen, der lediglich Schiebungen zu Ungunsten einzelner Gläubiger treffen will.

II. Aenderung verschiedener Tatbestandsmerkmale.

Vor allem wird nach kommendem Recht der Täterbegriff ausgedehnt werden und damit der dem geltenden Recht anhaftende Hauptmangel beseitigt werden. So soll auch der als Täter bestraft werden, der die Handlung am fremden Vermögen zugunsten des Schuldners oder mit dessen Einverständnis vornimmt. Unter Täter fallen danach insbesondere die Vorstandsmitglieder einer juristischen Person und gesetzlichen Vertreter, die bei einer drohenden Zwangsvollstreckung das Vermögen der von ihnen Vertretenen beiseite schaffen. Eine solche Erweiterung des Täterbegriffes, der sich vollkommen dem von Binding vertretenen angenähert hat, ist durchaus zu billigen, denn die Vorstandsmitglieder einer juristischen Person und weiter die gesetzlichen Vertreter handeln als Treuhänder für ihre Treugeber und meist auch im eigenen Interesse.

Ebenso wird der Begriff des Beiseiteschaffens erweitert werden. Nach der Auslegung des Reichsgerichts zu § 288 StGB. fällt unter den Begriff des Beiseiteschaffens nur die Zerstörung einer Sache, denn diese Art des Beiseiteschaffens ist die wirksamste,[80]) nicht darunter fällt aber die Beschädigung einer Sache, denn durch das Beschädigen einer Sache wird dieselbe nicht beiseite geschafft.[81]) Es konnte sonach eine Beschädigung nur dann bestraft werden, wenn sie dem Zerstören gleich kam. Nach kommendem Recht wird auch das Beschädigen einer Sache unter Strafe gestellt, weil nicht verkannt wird, daß man durch Beschädigen die Befriedigung eines Gläubigers, wenn nicht vollständig vereiteln, so doch erheblich beeinträchtigen kann.

Der Entwurf bringt weiterhin die Streitfrage, ob der Schuldner auch dann zu bestrafen ist, wenn er die Tat begeht, um die fällige Forderung eines anderen Gläubigers zu befriedigen. Die Streitfrage sollte zunächst dahin gelöst werden, daß in entsprechender Anwendung des

80) Vgl. RG. 19/122.
81) Vgl. RG. 27/122.

§ 241 KO eine Bestrafung bei kongruenter Deckung ausgeschlossen ist, eine Meinung, die vor allem Schwartz vertritt[82]). Die Kommission hat aber die Niederlegung dieser Ansicht im Gesetz nicht für erforderlich gehalten in der Annahme, daß künftig ohnedies der § 241 KO. analoge Anwendung finden wird.

Endlich entfällt nach dem Entwurf das Antragserfordernis, weil schwere Delikte von Amts wegen, leichte Delikte dagegen überhaupt nicht verfolgt werden sollen und eine Strafverfolgung nicht vom Belieben des Verletzten abhängig sein soll. Um jedoch einen gewissen Ausgleich dafür zu haben, soll in der Strafprozeßordnung eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach die Tat nur nach vorheriger Anhörung des Verletzten verfolgt werden und die Strafvollstreckung unterbleiben soll, wenn der Verletzte es wünscht und vom Standpunkt des öffentlichen Interesses kein Bedenken dagegen besteht.

Eine Erörterung schließlich der Frage, ob nicht die Vorschriften der Konkursordnung mit im Strafgesetzbuch geregelt werden sollen, führte zu keinem Ergebnis.

82) Schwartz S. 667.